

Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 646/2018 de 14 diciembre

[RJ2018\5588](#)



ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO: Conflicto con la libertad de expresión: tiene los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás; elementos que deben concurrir para no llevar a la tipicidad meras transgresiones a la libertad de expresión: inexistencia: referir en la red social que quiere realizarse una foto con la nuca de una de las víctimas de ETA y otras frases que implican un deseo de que las organizaciones terroristas ETA y GRAPO actúen en contra de políticos, medios de comunicación y un partido político: expresiones aisladas y su conocimiento general no resulta de la publicación, sino de la localización posterior y la llamada a la acción no es real, al hacerse a organizaciones terroristas desaparecidas. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

ECLI: ECLI:ES:TS:2018:4133

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 2161/2017

Ponente: Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 21-07-2017 dictada por la Sección Tercera, Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional, casándola y anulándola en sentido de absolver al acusado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 646/2018

Fecha de sentencia: 14/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2161/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: AMV

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2161/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 646/2018**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 14 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por **D. Juan Pedro**, representado por la procuradora Dña. Esperanza Aparicio Flórez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, de fecha [21 de julio de 2017 \(ARP 2017, 957\)](#), que le condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

El Juzgado de Central de Instrucción nº 3, instruyó Diligencias Previas 88/2014 contra **Juan Pedro**, por delito de enaltecimiento del terrorismo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sección Tercera, que con fecha [21 de julio de 2017 \(ARP 2017, 957\)](#) dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: El hoy acusado Juan Pedro, mayor de edad y sin antecedentes penales, al menos desde el 31 de mayo de 2013 y hasta el 7 de enero de 2015, interactuando en otros perfiles también abiertos y con difusión pública en la red socialTwitter a través de su propio perfil " DIRECCION000" y conectándose a internet con la dirección "URL:https.twitter.com/, para lo que utilizaba su móvil marca Sony, modelo ST26.i, en IMEI NUM000 y tarjeta SIM ICC-ID NUM001(que le fue ocupado al momento de su detención), publicó entre otros los siguientes comentarios o tweets":

El 31 de marzo de 2013, "Todos los de Intereconomía como Miguel Ángel Blanco #IntereconomíaManipuladora"

El día 2 mayo de 2013, "y me hundo ... como la nuca de Miguel Ángel Blanco".

El día 30 de octubre de 2015, " Me meo en la @AVT"

El día 17 de junio de 2014,"#Quiero Una Selfie con la nunca de Miguel Ángel Blanco"

El día 5 de agosto de 2014, "Responder a @Esperanza Aguirre @El mundo es Asesina de niños se te queda corta. Que vuelvan los GRAPO O ETA y te den tu merecido, escoria".

El 22 de septiembre de 2014, publica una fotografía de un texto relativo a la actividad de los GRAPO en los centros penitenciarios, pudiéndose leer: "Aún no he leído en ningún sitio si antes de la COPEL hubo movimiento, grupo o acciones aisladas libertarias para la humanización del sistema penitenciario español. Si tengo constancia de las comunas creadas por los presos políticos, pero estos ha sido siempre luchadores por y para sí mismos, muy radicales pero muy herméticos. Quizás el GRAPO haya sido el grupo que en prisión luchara, desde siempre, junto a los presos comunes o sociales, para alcanzar cambios que procuraran una repercusión beneficiosa en el sentido más amplio.

Pero, ¿comunes o sociales solos?. No hallo la diferencia en el registro de mi memoria. Por ello, si no tenemos...". Este tweet lo encabeza con el título "El Vaquilla lo sabía".

El 30 de septiembre de 2014, " Bienvenido Octubre, Bienvenido GRAPO"El 19 de diciembre de 2014, "AtaqueSedePPLastina que las bombas no estallaran. Y que no hubiera nadie dentro. Espero que al menos esto provoque un efecto llamada".

El 7 de enero de 2015, "Joder, en vez de tirotear #Charlie Hebdo ya podrían haber ido a la redacción de @el mundoes o @el país-españa. mucho más productivo".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS:** Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Juan Pedro, como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento de terrorismo ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN y de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA, así como el pago de las costas procesales causados.

Devuélvase al acusado el teléfono móvil intervenido en su detención, marca Sony.

Notifíquese al acusado, su representación y Ministerio Fiscal, haciendo saber que contra la misma se puede interponerse RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2 del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Juan Pedro**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción de ley al infringirse el [artículo 578 del Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) .

SEGUNDO.- Por infracción del derecho a la libertad de expresión.

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Por Providencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 16 de octubre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

La sentencia objeto de la presente censura casacional condena al recurrente como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo del [artículo 578 del Código penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) contra la que formaliza recurso de casación. El recurrente en su impugnación afirma que los contenidos de lo reseñado en una red social "no se refieren a los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577, sino interpretaciones subjetivas de los mismos". De otra, denuncia la vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

Se hace procedente transcribir el apartado del relato fáctico que recoge las frases publicadas en

una red social:

- 31 marzo 2013, "todos los de inter economía como Miguel Ángel blanco"
- 30 octubre 2015 "me meo en la AVT".
- 17 junio 2014 "quiero un selfie con la nuca de Miguel Ángel blanco"
- el 5 agosto 2014, "Responder Esperanza Aguirre, Asesina de niños se te queda corta. Que vuelvan los GRAPO y ETA y te den tu merecido, escoria"
- el 30 septiembre 2014 "bienvenido octubre, bienvenido GRAPO"
- el 19 diciembre 2014 "Ataques al PP. Lástima que las bombas no estallaron. Y que no hubiera nadie dentro. Espero que al menos esto provoque un efecto llamada".
- El 7 enero 2015 "joder, en vez de tirotear a Charlie Hebdo ya podrían haber ido a la redacción del mundo o el país, mucho más productivo".

El hecho probado declara no integrada en esta relación una frase en la que lo que critica es el sistema penitenciario y realiza lo que parece ser una loa a un grupo terrorista al que considera luchadores por mejorar las condiciones de la prisión.

De las frases relacionadas, alguna de ellas son sugerentes, en principio, de un acto de menosprecio a la víctima, cuando refiere que quiere realizarse una foto con la nuca de una de las víctimas de ETA, en tanto que otras, implican un deseo de que las organizaciones terroristas, a las que se refiere, actúen en contra de políticos, medios de comunicación y un partido político.

Son varios los aspectos que debemos abordar, la subsunción del hecho, la tipología de los delitos de odio, la concreción de ese tipo penal en el art. 578 y la colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Con respecto a la colisión con el derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre el contenido esencial del derecho fundamental y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que "el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal" ([STS 259/2011, de 12 de abril \(RJ 2011, 5727\)](#)). Continúa la Sentencia acotada afirmando que la Constitución no prohíbe las ideologías que sitúan en los extremos del espectro político. Incluso aun podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Incluso cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos.

En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, [STC 235/2007 \(RTC 2007, 235\)](#) , que señala que "el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos,". O la [Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre \(RTC 1995, 176\)](#) , "la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", en referencia a la [STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997 \(TEDH 1997, 12\)](#) . También la [Sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 enero \(RJ 2017, 50\)](#) , en la que afirmamos que la

interpretación del [artículo 578](#) Cp. no está exenta de dificultades. De una parte, por la proliferación de tipos penales que convergen en la protección del denominado discurso de odio, enaltecimiento del terrorismo, vilipendio de las víctimas, provocación al genocidio, negación del holocausto, (anterior a la reforma que lo suprimió), de los [arts. 510](#) , [578](#) , [607](#) Cp.. De otra, por la necesidad ínsita de este tipo penal de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión, en ocasiones debiendo atender a una excesiva circunstancialidad, lo que dificulta determinar el alcance de lo intolerable. Es por eso que en esta Sentencia se aludía a la necesidad "de no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuando lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el [artículo 578](#) del Código penal. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...". Concluye la Sentencia, con la expresión que repetirá la impugnación en este recurso "el derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia".

Los límites de la punición respecto a la libertad de expresión parten de esa consideración del derecho fundamental como limitable y la necesidad de reservar lo punible no solo a la trasgresión del derecho fundamental requiriendo además aditamentos referidos a la generación de un peligro a la convivencia.

Nos adentramos en la tipicidad de los delitos de odio. El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que "insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante". Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya esta expresión en la [Sentencia de 8 julio 1999 \(TEDH 1999, 28\)](#) , caso Erdogdu contra Turquía , donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, quizás demasiados, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales

aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones, como la Corona, etc.

El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo. Cuando el discurso de odio se concreta en el terrorismo a la dignidad de la víctima, y de la sociedad en general, se une la finalidad terrorista cuyo contenido resulta de la [Decisión Marco 2002/475/JAI \(LCEur 2002, 1737\)](#) del Consejo de la Unión Europea, modificada por la [Decisión Marco 2008/919/JAI \(LCEur 2008, 1988\)](#), de 28 de noviembre de 2008, esto es, actividad delictiva realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror.

El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman un aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa. Cuando la variedad del discurso del odio se concreta en el terrorismo, a ese ánimo subjetivo, agresivo, se suma la finalidad terrorista exigiendo la generación de un peligro que será concreto ([art. 579 Cp](#)) o de aptitud de riesgo y peligro ([art. 578 CP](#)).

Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución. El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto.

El ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto; el artículo 20 que consagra la libertad de expresión; el artículo 10.1 de la Constitución que proclama la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos que son el fundamento del orden político y la paz social.

El discurso generador del odio y la discriminación no tiene amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la [Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 \(RCL 1969, 248\)](#); la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966 \(RCL 1985, 784\)](#); el [Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950 \(RCL 1978, 2421\)](#); la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la [Decisión Marco 2008/913/JAI \(LCEur 2008, 1979\)](#) del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13

diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.

El Código penal prevé distintas manifestaciones de discurso del odio. De una parte, la figura del [art. 510](#) Cp que no requiere la incitación, directa o indirecta, a la realización de actos de violencia, pues lo relevante es la afectación a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de las minorías o las personas especialmente vulnerables que relaciona. De otra, los delitos, también de odio, encuadrados en el ámbito del terrorismo, los cuales requieren una puesta en peligro y la incitación al ataque de bienes jurídicos, como resulta de la normativa europea, anteriormente expuesta, de la que resulta que la posibilidad de tipificar esas conductas ha de incorporar la potencialidad de un riesgo.

En nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los [artículos 510](#) , [578](#) y [579](#) Cp, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Respecto al terrorismo, son dos las manifestaciones típicas del discurso de odio, el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del terrorismo del [art. 578](#) Cp, y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas ([art. 579](#) Cp.). Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados.

Expuesto lo anterior, analizaremos, someramente los pronunciamientos jurisprudenciales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una profusa jurisprudencia de la que destacamos los casos *Garaudy* contra Francia, de 24 julio 2003 ; *Norwood* contra el Reino Unido, de 16 noviembre 2004 ; *Alinak* contra Turquía, de 29 marzo 2005 ; *Feret* contra Bélgica, de [16 julio 2009 \(TEDH 2009, 82\)](#) y *Vejdeland* y otros contra Suecia del [9 febrero 2012 \(TJCE 2012, 11\)](#) . Esta jurisprudencia parte de la afirmación de que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre "toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia". Consecuentemente, proclama la limitabilidad del derecho fundamental a la libertad de expresión y la libertad ideológica. En las dos últimas Sentencias el Tribunal Europeo señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia, basta que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación: "El tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas, como injurias, o a ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población, y sus grupos específicos, o a la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad de partes o núcleos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los estados democráticos".

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destaca, por su relevancia, tres Sentencias. La primera [Sentencia la 285/2007 \(TJCE 2007, 285\)](#) , en la que el Tribunal Constitucional apartó del [artículo 607](#) Cp., la negación del holocausto. En esa Sentencia pondera esa tipicidad, la negación del holocausto, con el derecho fundamental a la libertad de expresión y señala la exigencia de que la descripción típica contenga conductas de suficiente gravedad al tiempo que exigió "la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos. Pero la expresión y difusión de ideas violentas no puede ser implicada con la violencia que permite su persecución". El alto Tribunal consideró que la mera transmisión de ideas no era suficiente para su persecución penal, requiriendo que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Junto a esta Sentencia, otras sostienen una posición menos estricta del discurso del odio y ya no exigen, en los términos expuestos, esa creación de riesgo. La [Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 \(TJCE 2015, 177\)](#), referida a los sucesos acaecidos por la visita del Rey a Gerona, con la quema de imágenes de su persona. En esta Sentencia el Tribunal nos recuerda la libertad de expresión que ampara el cuestionamiento de instituciones, y afirma que no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni su expresión pública, y añadiendo que la condena supone una incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes.

Otra [sentencia, la 112/2016 \(RTC 2016, 122\)](#), referida a un delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se realiza un homenaje a un terrorista y en la cual una persona que hace uso de la palabra que expuso diversas expresiones objeto de censura penal. El Tribunal Constitucional al denegar el amparo, destaca "si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, porque España es una democracia tolerante, no militante, es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales... sin embargo, el acusado al no hacer eso sino que, con ambigüedad calculada, emplea una expresión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca este pueblo a un nuevo escenario democrático".

Ese hecho es tenido por discurso del odio al estar presente los requisitos necesarios: expresión de odio y requerimiento al público a una reflexión para escoger el camino que más daño haga al Estado, lo que implica la justificación del terrorismo.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a excepción de la [STC 285/2007 \(RTC 2007, 285\)](#), la tipicidad del delito de odio no requiere la generación de un peligro a consecuencia del discurso, aunque si destacamos la aptitud y seriedad del hecho para afirmar la creación del riesgo y la necesidad de un ánimo agresivo superador de otras finalidades, iocandi causa, o vindicativa, etc..

La jurisprudencia de esta Sala II destaca la [Sentencia 259/2011, de 12 abril \(RTC 2011, 259\)](#), que en el supuesto de un librero que albergaba y vendía libros de ideología nazi, y que aprovechaba los espacios de la librería para la difundir los elementos ideológicos propios de una ideología nazi, absolvió a los condenados en aplicación de la doctrina contenida [Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007 \(RTC 2007, 235\)](#), que antes se expresó. Se argumenta "que la tipicidad no resulta de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege".

En una línea semejante, la [Sentencia 95/2018, de 25 enero \(RTC 2018, 95\)](#), en la que justifica la absolución del delito de odio en la lejanía del tiempo a que se refieren, pues se trataba del asesinato de un Presidente de gobierno ocurrido hace 44 años, cuando la imputada no había nacido. En la Sentencia se hace referencia al transcurso del tiempo, y a la oxidación o agotamiento del tema, en clave de humor negro. Tras este argumento, suficiente para declarar la atipicidad de la conducta, se refuerza con otro aumento, el de la necesidad de una afectación del bien jurídico por la potencialidad del peligro. Así expresa que "la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores, requiere como una manifestación del discurso del odio una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar derecho de libertad de expresión por ser necesarias su injerencia en una sociedad democrática".

Esta línea jurisprudencial viene exigiendo la concreción de riesgo como elemento necesario para punición de los delitos de odio más allá de la represión a la libertad de expresión, exigiendo que junto a esa transgresión, grave, un riesgo para el bien jurídico en el que se ubican los tipos penales.

Una segunda línea jurisprudencial destaca la diferencia entre los dos apartados del artículo 578. De una parte, el enaltecimiento del terrorismo y, de otra, el menosprecio a las víctimas. En la sentencia 601/2017, de 11 julio, se hace esta distinción señalando que la primera conducta requiere la creación de un riesgo, en tanto que la conducta referida al menosprecio las víctimas, no lo exige. En la Sentencia 826/2015, del 30 diciembre, tras realizar un detallado estudio de la tipicidad, y con

cita de la Sentencia 656/2007, incide en esta diferencia entre los dos apartados del artículo 578 y recuerda que el menosprecio a las víctimas no requiere la puesta en peligro "toda vez que el término descrédito, disminución o pérdida de la de la reputación de las personas, el menosprecio, equivalente a poco aprecio, o la humillación, la adhesión al amor propio o a la dignidad de alguien, hace referencia a las acciones realizadas contra las víctimas de acciones terroristas o sus familiares que son especialmente perversas como es la injuria o la humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas y sus familiares, y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista", añadiendo que la justificación de la tipicidad de la conducta radica en la perplejidad e indignación que provoca en la sociedad.

En el mismo sentido, la Sentencia 72/2018, de 25 enero, en la que se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas.

En consecuencia, la jurisprudencia de la Sala II puede ser resumida en los siguientes elementos. El delito de odio aparece definido en el [art. 510](#) Cp., que no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque si una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria, a la dignidad de las personas a las que se refiere. Cuando se trata de terrorismo las manifestaciones del delito de odio tienen una doble tipicidad; las de los arts. 578 y 579 que exigen la idoneidad para generar un riesgo respecto de los delitos de terrorismo. El problema surge al tratar de dar contenido a esa potencialidad de riesgo. La Convención del Consejo de Europa sobre la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, y la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 que sustituye a la [Decisión Marco 2002/475/JAI \(LCEur 2002, 1737\)](#) y modifica la [Decisión 2005/671/JAI \(LCEur 2005, 2159\)](#), (véase el párrafo 10 de la Exposición de Motivos), establecen que la punición por los Estados miembros han de incorporar en la tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. Si su generación es necesaria, porque así viene dispuesto por los Directivas antedichas, el riesgo al que se refiere la tipicidad puede ser consistente en la comisión de hechos delictivos de terrorismo, o de aptitud del mensaje a su causación. La diferencia entre ambas potencialidades de riesgo la encontramos en la previsión típica del Código penal. Si existe una incitación a la comisión de hechos delictivos, a través de consignas y mensajes, la subsunción es la del [art. 579](#) Cp. Si la potencialidad de riesgo es de aptitud, no requiriendo la incitación a la comisión de actos terroristas, la subsunción es en el [art. 578](#) Cp., aunque si ha de tratarse de una conducta de expresión con un contenido cierto y serio de producir una lesión a la dignidad de la víctima, una reiteración del daño sufrido.

La [STS 52/2018, de 18 de enero \(RJ 2018, 169\)](#), desarrolla esta exigencia con cita de la normativa europea, exigiendo la conexión el delito de odio con la delincuencia terrorista, en los términos de los [arts. 578](#) y [579](#) del Código penal y con cita argumental de la [STC 112/2016 a 20 de junio \(RTC 2016, 112\)](#), anteriormente expuesta. Del conjunto normativo resulta que si bien los Estados miembros de la Unión Europea tienen un cierto margen de discrecionalidad en la definición de las infracciones, la ubicación en la tipología de los delitos de terrorismo requiere que la tipicidad describa conductas ilegales e intencionadas que generen un riesgo de comisión de una infracción terrorista, "riesgo que ha de ser entendido no concreto, sino de aptitud, de que puedan cometerse actos terroristas" y para ello deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje así como el contexto y la importancia y verosimilitud del riesgo (considerando lo de la [Directiva \(UE\) 2017/541 \(LCEur 2017, 533\)](#) ([art. 578](#) Cp). En el [art. 579](#) Cp, la tipicidad exige mayor concreción, en términos de idoneidad para incitar a la comisión de hechos terroristas.

Podemos concluir el anterior resumen jurisprudencial señalando que desde el plano normativo y jurisprudencial, en el [art. 510](#) Cp., enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético, que si es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el [art. 579](#) Cp, que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del [art. 578](#) Cp., aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo "aunque sea de manera

indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades". ([STC 112/2016 \(RTC 2016. 112\)](#)).

Señalado lo anterior, los delitos de discurso del odio, genérico y específico, precisan de los necesarios límites para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión.

La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas. b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) Además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas ([art. 579 Cp](#)), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. e) El ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria medida.

Cuando un mensaje contiene expresiones que, por ejemplo, justifican el maltrato al colectivo de mujeres, es evidente que la persona destinataria del mensaje se ve concernida; también el colectivo especialmente protegido; y también la sociedad en su conjunto, que ha asumido como elemento esencial de la convivencia el respeto a las normas de tolerancia. No es, por lo tanto, la generación de una situación de riesgo, abstracto o hipotético, un elemento típico de estos delitos sino la lesión que al colectivo directamente concernido y a toda la sociedad que hace suyo un nivel de tolerancia para afirmar la convivencia, siendo las frases del discurso aptas en su análisis para comprometer a las víctimas y a la sociedad en general, que se ve conturbada por la lesión producida. En materia de delitos de odio en relación al terrorismo, ha de situarse el discurso típico en el especial sufrimiento de la sociedad española por los actos terroristas.

La necesaria ponderación que debe realizarse viene enmarcada por las anteriores premisas, la conexión con el terrorismo, cuando el odio se conecta a estos delitos, y con la valoración de elementos de contexto, de medio empleado, su difusión, la distinta valoración que ha de darse a la expresión escrita respecto de la expresión musical, la antigüedad, la afectación social, y también ha de ponderarse la proporcionalidad de la pena con la naturaleza del hecho. El tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la [Sentencia Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008 \(TEDH 2008, 71\)](#) , afirmó esta necesaria ponderación teniendo en cuenta el contexto en el que se vierten las manifestaciones ofensivas, el tipo de escrito que los contienen, y valora, a la hora de comprobar la acomodación de la conducta al Convenio y a la libertad de expresión, que la pena de multa impuesta ha sido moderada, lo cual permite ponderar el reproche a la entidad de la consecuencia jurídica.

En el sentido indicado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado en reiteradas ocasiones, que la libertad de expresión encuentra límites en el dominado discurso ofensivo del odio siendo preciso indagar elementos de interpretación de la norma que no lleven a una desmesura en su aplicación, tales como elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción. En todo caso, no ha de olvidarse que se trata de delitos circunstanciales y que han de ser interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma.

De acuerdo a lo expuesto en los textos objeto de esta causa, las frases recogidas en el relato fáctico, no se justifican en la libertad de expresión, y pueden ser tenidas como afrentosas a la convivencia.

Sin embargo, su desmesura no alcanza el reproche penal en la medida en que son expresiones

aisladas, su conocimiento general no resulta de la publicación, sino de la localización posterior, y su divulgación va más allá de la pretensión del emisor; su escasa difusión y el leve impacto causado, hace que, a pesar del mal gusto de las expresiones, deba quedar fuera de la tipicidad penal. Además, la llamada a la acción no es real, no es seria, en la medida en que la apelación se hace a organizaciones terroristas, felizmente, desaparecidas. Las referencias a la fotografía de una víctima que pudiera reunir la catalogación de acto lesivo a la dignidad, aun tenida por lesiva no ha tenido difusión relevante y su contenido no supera el juicio de proporcionalidad de una pena privativa de libertad por un hecho aislado. El supuesto fáctico, por la escasa difusión, por la concurrencia de un ánimo distinto del puramente vejatorio, resulta desproporcionado al tratarse de un acto aislado que no merece reproche penal tan severo.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **D. Juan Pedro**, contra [sentencia dictada el día 21 de julio de 2017 \(ARP 2017, 957\)](#) en causa seguida contra el mismo, por delito de enaltecimiento del terrorismo.

Declarar de oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Luciano Varela Castro Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION núm.: 2161/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 14 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Tercera, de la Audiencia Nacional, que condenó por [sentencia de fecha 21 de julio de 2017 \(ARP 2017, 957\)](#) a **D. Juan Pedro**, por delito de enaltecimiento del terrorismo y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO

Que por las razones expresadas en el único de los fundamentos de derecho, se estima el recurso interpuesto por el recurrente D. Juan Pedro.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Absolver a D. Juan Pedro del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que había sido acusado y penado, dejando sin efecto los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, declarando de oficio las costas de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Luciano Varela Castro Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet